

DOCUMENTO DE FORMALIZAÇÃO DA DEMANDA COM JUSTIFICATIVA (SERVIÇOS)

Órgão: Prefeitura Municipal de Mutum/MG

Setor Requisitante: Secretaria Municipal de Administração

Responsável pela Demanda: Márcia Luzia Pires de Araújo de Sá

E-mail: educacao@mutum.mg.gov.br

1 - JUSTIFICATIVA DA NECESSIDADE DA CONTRATAÇÃO:

A Secretaria de Educação do município de MUTUM/MG é responsável pelos procedimentos educacionais relativos a contratação de servidores e materiais, em todas as escolas municipais dentro do município de Mutum, com suas diversas modalidades, a partir das demandas levantadas pelos diversos setores da municipalidade, dando a estas o suporte especializados em assessoria e consultoria no Gerenciamento dos Programas Integrados ao Ministério de Educação – MEC, e Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, incluindo o Sistema Integrado de Monitoramento, Execução e Controle do Ministério de Educação para os servidores da Secretaria Municipal de Educação, conforme condições e exigências estabelecidas neste instrumento. Tendo em vista Justifica-se o presente face ao atendimento das necessidades essenciais de prestação de serviço de consultoria e assessoria jurídica sobre matérias administrativas relacionadas a Secretaria de Educação, elaboração de pareceres jurídicos, assessoramento ao secretário municipal, especialmente quanto ao acompanhamento de ações relativas aos convênios. Um município de pequeno porte como de MUTUM/MG não dispõe de pessoal em quantidade e com a qualificação necessária para desenvolver todos os atos e resolver todas as questões sistemáticas e cotidianas. Manter equipes de profissionais no quadro permanente de servidores, habilitados e treinados, em número e qualificação suficiente para acompanhar, interpretar e aplicar toda normatização que envolve a secretaria de educação, estudando os sistemas, rotinas e procedimentos, desenvolvendo e fazendo aplicações constantes. E para um município de interior, do porte do nosso, é inviável economicamente e por indisponibilidade de mercado.

Então, a solução mais viável técnica e economicamente é a contratação de serviços de assessoria para acompanhar, orientar e treinar os gestores e servidores municipais na tomada de decisões, prática dos atos e procedimentos, da melhor forma, a atender as necessidades, interesses, normatização, princípios. Uma vez que o cenário educacional está em constante evolução, com alterações nas políticas e normas governamentais, bem como nas diretrizes pedagógicas, uma consultoria especializada pode monitorar e acompanhar essas mudanças, mantendo a Secretaria Municipal de Educação atualizada e auxiliando na adaptação dos programas e projetos aos novos requisitos e diretrizes, ajudando a otimizar a utilização dos recursos financeiros destinados aos programas integrados ao MEC/FNDE, identificando oportunidades de captação de recursos

ajudando a otimizar a utilização dos recursos financeiros destinados aos programas integrados ao MEC/FNDE, identificando oportunidades de captação de recursos

1. DESCRIÇÃO DO SERVIÇO SOLICITADO

1.1. ESPECIFICAÇÕES GERAIS DOS SERVIÇOS:

Instruções do Sistema Integrado de Monitoramento Execução e Controle do Ministério da Educação, envolvendo o acompanhamento periódico dos programas relacionados ao SIMEC, incluindo auxílio e treinamento aos servidores quanto ao cadastramento utilizados pela municipalidade.

Treinamento de novos servidores no sistema de governança da municipalidade e Assessoria no preenchimento do Plano Subnacional de Educação na Plataforma +PNE.

Assessoria na elaboração, atualização e monitoramento nas 4 (quatro) dimensões que compõe o PAR (Plano de Ações Articuladas): a) Gestão Educacional; b) Formação de Professores e de Profissionais de Serviço e Apoio Escolar; c) Práticas Pedagógicas e Avaliação; d) Infraestrutura Física e Recursos Pedagógicos;

Monitoramentos das Obras pactuadas com o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE com o objetivo de superação das restrições e inconformidades apontadas pelo FNDE em desacordo com os projetos;

Formulação de documentos e termos de referência sempre que solicitado;

Atendimento presencial, via telefone, e-mail ou qualquer outro meio de comunicação, nas questões pertinentes as rotinas do setor de educação e treinamento de pessoal no sistema de governança da municipalidade;

Auxílio técnico da municipalidade nos processos administrativo do setor educacional, incluindo alterações das rotinas e colaboração na elaboração dos regulamentos necessários;

Diagnóstico e orientação técnica específicos relativos à execução de contratos administrativos das diversas Secretarias Municipais e respectivos Fundos Especiais

1.2. DAS QUANTIDADES E LOCAIS DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS:

O prazo de execução do presente procedimento será de 12 (doze) meses a partir de sua assinatura, podendo ser prorrogado nos termos do art. 107, da Lei Federal nº 14.133/2021.

Atendimento presencial, via telefone, e-mail ou qualquer outro meio de comunicação, nas questões pertinentes as rotinas do setor de compras, licitações e contrato e treinamento de pessoal no sistema de governança da municipalidade

1.3. DO PREÇO ESTIMADO

O preço ofertado para a referente contratação pela empresa acima citada é vantajoso para a Administração, porque acompanha a média dos preços praticados no mercado,

A empresa ANDRE LAMARCA – SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA, inscrita no CNPJ n.º 29.310.590/0001-30 teve o valor mensal de R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais) tendo como seu valor global de R\$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais) para 10 meses de contratação.

Por se tratar de profissional detentor de notória especialização, conforme documentação apresentada, dentro dos parâmetros no Art. 74 III da Lei Federal n.º 14.133.

DECLARAÇÃO:

Declaramos que todos os itens indicados nessa justificativa e requisição de Contratação:

(x) Constam no Planejamento e Gerenciamento de Contratações (PGC).

Submetemos à apreciação da autoridade ordenadora da despesa ou pró-reitor para os fins de direito.

Declaramos, para os devidos fins, ter conhecimento referente a:

- Lei nº 14.133/2021, especialmente ao Art. 5º o que obriga a licitação a garantir a observância dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). E ainda, em especial ao artigo 45 que trata da licitação de serviços.

Assinantes:


MÁRCIA LUZIA PIRES DE ARAÚJO DE SÁ
Secretária Municipal de Educação

ETP (ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR)

Da: Secretaria Municipal de Educação.

Ao: Setor de Licitação.

Assunto: Estudo Técnico Preliminar

Referência: Contratação de prestação de serviços técnicos especializados em assessoria e consultoria no Gerenciamento dos Programas Integrados ao Ministério de Educação – MEC, e Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, incluindo o Sistema Integrado de Monitoramento, Execução e Controle do Ministério de Educação para os servidores da Secretaria Municipal de Educação, conforme condições e exigências estabelecidas neste instrumento.

A Secretaria Municipal de Educação, solicita ao Setor de Licitação, orientação quanto ao procedimento que a Administração poderá ou deverá adotar para a Contratação de Empresa ANDRÉ LAMARCA – SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA, inscrita no CNPJ n.º 29.310.590/0001-30 detentora de notória especialização na área de Direito Público e Assessoria Jurídica a Administração Pública conforme comprovação em documentos anexos a requisição inicial.

A Comissão Permanente de Licitação diante destas informações apresenta a seguinte Justificativa, embasada no Art. 74, Inciso III, da Lei n.º 14.133/2021.

A Secretaria de Educação do município de MUTUM/MG é responsável pelos procedimentos educacionais relativos a contratação de servidores e materiais, em todas as escolas municipais dentro do município de Mutum, com suas diversas modalidades, a partir das demandas levantadas pelos diversos setores da municipalidade, dando a estas o suporte especializados em assessoria e consultoria no Gerenciamento dos Programas Integrados ao Ministério de Educação – MEC, e Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, incluindo o Sistema Integrado de Monitoramento, Execução e Controle do Ministério de Educação para os servidores da Secretaria Municipal de Educação, conforme condições e exigências estabelecidas neste instrumento. Tendo em vista Justifica-se o presente face ao atendimento das necessidades essenciais de prestação de serviço de consultoria e assessoria jurídica sobre matérias administrativas relacionadas a Secretaria de Educação, elaboração de pareceres jurídicos, assessoramento ao secretário municipal, especialmente quanto ao acompanhamento de ações relativas aos convênios. Um município de pequeno porte como de MUTUM/MG não dispõe de pessoal em quantidade e com a qualificação necessária para desenvolver todos os atos e resolver todas as questões sistemáticas e cotidianas. Manter equipes de profissionais no quadro permanente de servidores, habilitados e treinados, em número e qualificação suficiente para acompanhar, interpretar e aplicar toda normatização que envolve a secretaria de educação, estudando os sistemas, rotinas e procedimentos, desenvolvendo e fazendo aplicações constantes. E para um município de interior, do porte do nosso, é inviável economicamente e por indisponibilidade de mercado.

Então, a solução mais viável técnica e economicamente é a contratação de serviços de assessoria para acompanhar, orientar e treinar os gestores e servidores municipais na tomada de decisões, prática dos atos e procedimentos, da melhor forma, a atender as necessidades, interesses, normatização, princípios. Uma vez que o cenário educacional está em constante evolução, com alterações nas políticas e normas governamentais, bem como nas diretrizes pedagógicas, uma consultoria especializada pode monitorar e acompanhar essas mudanças, mantendo a Secretaria Municipal de Educação atualizada e auxiliando na adaptação dos programas e projetos aos novos requisitos e diretrizes, ajudando a otimizar a utilização dos recursos financeiros destinados aos programas integrados ao MEC/FNDE, identificando oportunidades de captação de recursos

A Comissão chegou a esta conclusão pelos motivos expostos a seguir:

I - RAZÃO DA ESCOLHA DA PESSOA JURÍDICA EXECUTORA DOS SERVIÇOS:

Por se tratar de empresa detentora de notória especialização, conforme documentação apresentada, dentro dos parâmetros Art. 74, Inciso III, da Lei n.º 14.133/2021.

O preço ofertado para a referente contratação pela empresa acima citada é vantajoso para a Administração, porque acompanha a média dos preços praticados no mercado conforme documentação nos autos anteriores.

II - RAZÃO DO VALOR DOS SERVIÇOS

O valor da prestação dos serviços apresentado pela empresa em epígrafe para prestação dos serviços: valor mensal de R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais) tendo como seu valor global de R\$ 78.000,00 (setenta e oito mil reais) para 12 meses de contratação.

III – HISTORICO E QUALIFICAÇÃO TECNICA:

André Sebastião Lamarca de Oliveira, Endereço – Rua Sete de Setembro, nº 557, Centro, Mutum/MG - E-mail: andrelamarca@adv.oabmg.org.br.

01 – ATENDIMENTO:

Especialização em Direito Público, suprimindo demandas específicas da Secretaria Municipal de Educação. Experiência anterior na Prefeitura Municipal de Mutum/MG; Câmara de Vereadores de Mutum/MG; CIS Caparáó

02 – FORMAÇÃO

Direito

Especialização (pós-graduação) em Direito Público

Formação de Pregoeiro em escola do Governo

03 - OUTROS CURSOS

Associação Mineira de Consórcios Intermunicipais (AMICI's)

Qualificação: Oficina de Trabalho – 8 horas

05 - EXPERIÊNCIAS PROFISSIONAIS

Prefeitura Municipal de Mutum/MG

Câmara Municipal de Mutum/MG

CIS Caparaó

III – FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

A lei 14.133/21, em seu artigo 74 "in verbis" menciona: Art. 74 Inciso III c. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

A contratação dá forma direta, tendo em vista que a empresa ANDRÉ LAMARCA – SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA, inscrita no CNPJ n.º 29.310.590/0001-30 é detentora de notória especialização na área de assessoria em licitações e contratos.

Ora, tal hipótese demonstra uma absoluta inviabilidade de competição. Seria mesmo impossível haver comparação entre as performances de profissionais do setor de forma a tornar viável a abertura de eventual procedimento licitatório.

Na inexigibilidade de licitação, é a impossibilidade de submeter a oportunidade de negócio à competição que afasta o Dever Geral de Licitar, insculpido no art. 37, XXI da Carta Política de 1988. Essa impossibilidade invariavelmente, decorre do objeto, seja porque único, como nos casos de produto exclusivo, seja porque, mesmo não sendo

exclusivo, se mostra inconciliável com a ideia de comparação objetiva de propostas. E é essa última em que justamente se espelha a hipótese ora em estudo. Veja-se a redação do dispositivo correlato:

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

I - aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comerciais exclusivos;

II - contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;

b) pareceres, perícias e avaliações em geral;

c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

Como se vê, o art. 74, III da Lei 14.133 de Licitações reconhece que determinados serviços, os "técnicos especializados", quando "singulares", são incomparáveis entre si. O elemento central dessa hipótese de afastamento da licitação, a despeito da presença de vários executores aptos, é a inviabilidade de estabelecer-se comparação objetiva entre as várias possíveis propostas, conforme lição do festejado mestre, Celso Antônio Bandeira de Mello³, in verbis:

"São licitáveis unicamente (...) bens homogêneos, intercambiáveis, equivalentes. Não se licitam coisas desiguais. Cumpre que sejam confrontáveis as características do que se pretende e que quaisquer dos objetos em

certame possam atender ao que a Administração almeja”.

Mesmo cabendo certa discricionariedade na escolha do executante, nos cercamos de informações que demonstrem a qualificação técnica do profissional, bem como o mínimo exigido para uma contratação segura e a razoabilidade de um preço justo, conforme conclui Marçal Justen Filho que a ausência de licitação não equivale a contratação informal, realizada com quem a Administração bem entender, sem cautelas nem documentação. Ao contrário, a contratação direta exige um procedimento prévio, em que a observância de etapas e formalidades é imprescindível.

Atentando para o princípio da economicidade nós voltamos à pesquisa de mercado, o que nos mostra uma contratação compatível do ponto de vista custo-benefício, dentro do objeto de nosso interesse, comprovando a garantia de resultados eficientes e econômicos, procedimento este que Marçal Justen Filho acrescenta:

“Não bastam honestidade e boas intenções para validação de atos administrativos. A economicidade impõe adoção da solução mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos”

Portanto, é possível concluir que dentro das características e performances desejadas, sem qualquer escolha arbitrária, a inexigibilidade é o meio mais adequado para a contratação dos profissionais ora citados, tendo em vista a inviabilidade de competição, dentro de critérios objetivos, entre as bandas musicais, estas consagradas pela crítica especializada e ainda assim obtendo um preço justo a ser desembolsado pela Administração.

Por fim, verifica-se que esse dispositivo apresenta certo limite discricionário, autorizando o administrador a optar pela escolha que melhor atenda ao interesse público em razão das próprias características da performance artística desejada. Em sendo assim, entendemos ser inexigível a licitação, tendo em vista que a Banda atende aos requisitos acima mencionados.

Assim, com fundamento nos artigos supracitados artigos da Lei nº. 14.133/21 esta Comissão de Licitação apresenta a justificativa para ratificação e demais considerações que por ventura se fizerem necessárias.

Este é o entendimento.

Mutum-MG, 22 de janeiro de 2024.

ESTUDO TECNICO E JUTIFICATIVA

INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS

O sistema normativo que regula as contratações governamentais impõe enorme dificuldade ao aplicador quando da necessidade de contratar serviços técnicos especializados de natureza singular. A complexidade desse conceito, requisito indispensável para o enquadramento da hipótese que configura afastamento do dever geral de licitar, constitui barreira a ser vencida pelo intérprete, elevando sobremaneira o grau de dificuldade do desafio de bem contratar tais serviços. Este trabalho é uma iniciativa na busca de melhor aclarar os conceitos envolvidos, tais como, o de singularidade e de notória especialização, com o objetivo de que as normas licitatórias sejam adequadamente cumpridas, sem desvios de finalidade, mas também, sem perda de eficiência e eficácia.

1. INTRODUÇÃO À SITUAÇÃO-PROBLEMA

É sempre acalorada a discussão sobre como os órgãos e entidades da Administração Pública devem proceder para contratar serviços técnicos especializados, aqueles assim considerados como impossíveis de comparação objetiva, conciliando as normas legais para contratação de serviços (Lei 8.666/1993) e as peculiaridades inerentes a essa especial prestação de serviço. As dificuldades são inúmeras e diversos são os fatores que contribuem para aumentar a insegurança no momento da celebração de tais ajustes.

O primeiro ponto diz respeito obrigação de se realizar licitação. Considerando que o dever de licitar é imperativo (CF, art. 37, XXI) e, além disso, fazê-lo pelo critério do menor preço é a regrageral, o problema surge a partir da imensa dificuldade (na verdade, impossibilidade) de se estabelecer, para essas hipóteses, critérios de aferição idôneos que apontem com segurança a proposta efetivamente mais adequada, elevando a níveis insuportáveis o risco de insucessoda contratação. Em tempos hodiernos, em que muito se fala em governança e gerenciamentode riscos das contratações¹, impõe-se especial atenção a tais contratos, posto que, não raro, quase não possuem margem de correção de desvios no decorrer da execução, dificultando sobremaneira a recuperação

de prejuízos causados por falhas na conduta do executor. A escolha deste, surge como ponto nodal na garantia de obtenção de um resultado efetivamente adequado aos interesses da Administração contratante.

Para ilustrar, imagine-se um curso contratado no formato in company, customizado de acordo com as necessidades do órgão contratante, com carga horária de 24 horas e, após iniciado o treinamento percebe-se que o mesmo não irá atender os objetivos, por exemplo, devido à pouca capacidade didática ou falta de conhecimento prático sobre a matéria por parte do docente. Ainda que essa circunstância seja verificada logo após o início do treinamento, será quase impossível corrigir tal falha de modo a evitar um dano relevante para o contratante, pois isso exigiria, no mínimo, a substituição do docente. Os prejuízos seriam praticamente irreparáveis, pois concatenar a agenda dos servidores a quem o curso se destinava, o espaço da sala de aula (que pode estar ocupada com outros treinamentos), e a agenda do novo professor, é um exercício hercúleo de gestão. A experiência tem demonstrado que contratos dessa natureza, quando licitados, em sua esmagadora maioria, anotam má prestação de serviço e atendimento muito aquém dos objetivos colimados.

Finalmente, deve-se apontar como um dificultador importante a fragilidade – em termos gerais – da instrução dos respectivos processos, que, o mais das vezes, deixam de observar os requisitos mínimos exigidos pela legislação de regência.

A fim de viabilizar a compreensão desse instituto, cumpre a adiante pormenorizar os requisitos e conceitos a ele relacionados, o que permitirá uma melhor compreensão do mesmo e reconhecimento, no campo prático, das situações casuísticas em que ele se amoldará.

2. TRAÇOS MARCANTES DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FUNDADA NO ART. 74, III, c.

Na inexigibilidade de licitação, é a impossibilidade de submeter a oportunidade de negócio à competição que afasta o Dever Geral de Licitar, insculpido no art. 37, XXI da Carta Política de 1988. Essa impossibilidade invariavelmente, decorre do objeto, seja porque único, como nos casos de produto exclusivo, seja porque, mesmo não sendo exclusivo, se mostra inconciliável com a ideia de comparação objetiva de propostas. É essa última em que justamente se espelha a hipótese ora em estudo. Veja-se a redação do dispositivo correlato:

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

I - aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos;

II - contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;

b) pareceres, perícias e avaliações em geral;

c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

Como se vê, o art. 74, III da Lei 14.133 de Licitações reconhece que determinados serviços, os "técnicos especializados", quando "singulares", são incomparáveis entre si. O elemento central dessa hipótese de afastamento da licitação, a despeito da presença de vários executores aptos, é a inviabilidade de estabelecer-se comparação objetiva entre as várias possíveis propostas, conforme lição do festejado mestre, Celso Antônio Bandeira de Mello³, in verbis:

"são licitáveis unicamente (...) bens homogêneos, intercambiáveis, equivalentes. Não se licitam coisas desiguais. Cumpre que sejam confrontáveis as características do que se pretende e que quaisquer dos objetos em certame possam atender ao que a Administração almeja".

Dito isto, e com o propósito de organizar a concatenação de ideias, será tratado, na ordem proposta pela norma legal, um a um os requisitos ensejadores da contratação de serviços singulares, como propõe a lei. Aliás, é exatamente nessa ordem que devem ser instruídos os respectivos processos de inexigibilidade de licitação.

3. O CONCEITO DE SERVIÇO TÉCNICO ESPECIALIZADO: ROL DO ART.74 DA LEI 14.133 É TAXATIVO OU EXEMPLIFICATIVO?

Como dito alhures, o primeiro requisito a embasar a contratação fulcrada no art. 74, III, c da Lei 14.133 é o serviço ser “Dos Serviços Técnicos Especializados”.

Mas, convenhamos, todo e qualquer serviço é técnico e é especializado. A manutenção de equipamentos de climatização por dutos tem como obrigação principal um fazer, logo, é um serviço. Se fosse uma obrigação de dar, seria uma compra e venda. E, sem margem de dúvidas, é um serviço técnico. Justen Filho⁸ se ocupa de tentar aclarar o conceito de serviço técnico discorrendo sobre o fato de ser aquele que importa na “aplicação de conhecimentos teóricos e da habilidade pessoal para promover uma alteração no universo físico ou social.” Conclui o renomado autor que será técnico o serviço que depender de uma habilidade e/ou conhecimento humano que transforma o conhecimento teórico em prática. Assim, pode-se afirmar com elevado grau de certeza, que todo serviço é técnico, pois, se é um fazer humano, sempre envolverá a colocação em prática de conhecimentos teóricos.

Já sabemos que a manutenção de equipamentos de climatização por dutos é um serviço e é técnico. Também é especializado. Somente um profissional com especialização em sistemas de refrigeração reúne condições técnicas para executar os serviços de manutenção em tais equipamentos. Assim, forçoso reconhecer que todo serviço é técnico e também especializado, considerando o conceito doutrinário para a expressão técnico acima tomada de empréstimo.

O serviço técnico, por ser aquele, reprisando, em que se coloca em prática conhecimentos teóricos, sempre envolverá a especialização de quem o executa, sendo desimportante se tais conhecimentos teóricos foram absorvidos de modo empírico ou por meio de um curso de formação ou especialização.

Ora, se todo serviço é técnico e é também especializado, mas o art. 74 da Lei 14.133 arrolou apenas algumas espécies de serviços, por óbvio que o conceito normativo tem um significado especial, pois, do contrário, o mesmo alcançaria todos os serviços, o que dispensaria uma seção especialmente destacada. É necessário que se estabeleça, por meio interpretativo, o real alcance da norma, de acordo com a sua finalidade, pois em uma interpretação literal, a norma não faria sentido lógico. Humberto Eco⁹, explica que “entre a intenção do autor e a intenção do intérprete que simplesmente desbasta o texto até chegar a uma forma que sirva a seu propósito existe uma terceira possibilidade. Existe a intenção do texto”.

O método interpretativo que melhor se amolda à hipótese é o sistemático, que "consiste em comparar o dispositivo sujeito à exegese, com outros do mesmo repositório ou de Leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto", conforme lição lapidar de Carlos Maximiliano¹⁰. Segundo o Mestre, tal método parte do confronto entre a prescrição positiva e outra de que proveio ou que da mesma emanaram, verificando-se o nexo entre a regra e a exceção; entre o geral e o particular, a fim de obter-se os necessários esclarecimentos. A regra, assim submetida ao exame, "longe de perder a própria individualidade, adquire realce maior, talvez inesperado. Com esse trabalho de síntese é melhor compreendido".

Dito isto, ao analisar os serviços listados nos incisos do artigo 74 III c, ora sub examine (assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias), percebe-se, a olhos vistos, um traço que os une; que lhes tornam conexos. É o fato de a lista reunir apenas serviços cuja execução é predominantemente intelectual. Não se queira afastar da execução desses serviços, máquinas, ferramentas, programas de computadores etc. Mas, nesses serviços, o cerne da execução reside na capacidade intelectual do executor. Ao mesmo tempo, não se pretende estabelecer que os demais serviços não utilizem o intelecto de seus executores. Para a elaboração de um projeto arquitetônico, o profissional certamente se servirá de programas de computadores, mas não deixará de ser predominantemente intelectual, pois a escolha do estilo das linhas, os materiais, as cores, as soluções e demais características do projeto sairão do intelecto do arquiteto.

Por tal motivo, a correta interpretação do rol do art. 74 é no sentido de que se trata de uma lista exemplificativa. Tanto assim que a redação fora construída de forma exemplificativa, como se vê dos plurais utilizados (assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias). Caso o rol fosse exaustivo, a redação seria mais objetiva; bem ao contrário, nota-se o cristalino espírito da norma em alcançar o maior número possível de serviços que pudessem se encaixar no conceito legal de técnico especializado. Ademais disso a natureza dos serviços intelectuais não comporta limitação, mormente, em dias de acelerado avanço tecnológico e científico. Profissões que hoje são useiras e vezeiras, há 10 anos sequer existiam.

4. O ENFRENTAMENTO DO CONCEITO DE SINGULARIDADE NA DOUTRINA PÁTRIA

Ultrapassada a primeira barreira e corretamente caracterizada a natureza técnico-especializado serviço a ser contratado, o próximo passo será identificar se o objeto deste serviço intelectual reserva natureza singular. Se do exame da natureza do objeto,

MAR

não restar configurada tal característica, inviabilizada estará a contratação no fundamento legal alvo do presente estudo.

Mas não é simples a tarefa de se estabelecer um conceito técnico-jurídico para singular, que seja preciso sob o ângulo prático, a ponto de viabilizar sua identificação diante dos casos concretos. É de se reconhecer que se trata de um dos conceitos jurídicos mais desafiadores dentre todos os institutos presentes no arcabouço normativo das contratações governamentais. Isto porque a lei não deixa nenhum traço objetivo que possibilite sua identificação. Muito embora haja, na doutrina, diversas propostas de conceituação desse instituto, formuladas pela pena de renomados jurisconsultos, ainda não há entre eles uma uniformidade que esgote o tema.

Já o eminente e saudoso jurista, Carlos Pinto Coelho Motta, citando Régis Fernandes de Oliveira, concordando com este último, explica que a singularidade "implica em característica própria de trabalho, que o distingue dos demais." Petrônio Braz¹⁴, conclui que a expressão (singularidade) "traz sentido especial, com peculiaridades que permitem distinguir a coisa, não podendo a expressão ser entendida literalmente."

A despeito de não discordar de nenhum desses conceitos, no campo prático o que se verifica ao se tentar aplicá-lo (especial, inusitado, anômalo etc), por se tratarem de conceitos abertos, não encerram um guia definitivo para o aplicador, abrindo um perigoso espaço de discricão onde a vinculação é absolutamente imprescindível.

Vejamos ainda a definição de Jacoby Fernandes¹⁵, que em excelente obra de referência aponta que "singular é a característica do objeto que o individualiza, distingue dos demais. É presença de um atributo incomum na espécie, diferenciador."

Não se nega que quando o serviço se mostra peculiar, especial ou inusitado; quando o objeto em si possui características intrínsecas que o diferencie dos demais, o mesmo deve ser considerado singular. Mas dizer isso, apenas isso, é insuficiente para se chegar a uma conclusão definitiva que possibilite, nos mais variados casuísmos que são diuturnamente enfrentados pelas repartições, a identificação do elemento jurídico sub examine. Afinal, que atributo (objetivo) o serviço precisa apresentar para que se diga, com precisão, que o mesmo é peculiar ou inusitado? Que "característica própria de trabalho" distingue um serviço singular de um não singular? Os conceitos abertos não oferecem resposta definitiva para essas indagações.

MA

Equívoco bastante frequente e que deve desde já ser espancado, é o de interpretar-sea singularidade como associado a algo extraordinário, altamente complexo, inovador. Definitivamente, não se pode confundir singularidade com exclusividade, ineditismo, complexidade ou mesmo raridade, conforme já se manifestou o próprio Tribunal de contas da União, em decisão unânime do Plenário, cujo voto condutor da lavra do eminente Ministro Benjamin Zymler deixou assim consignado se referindo ainda a antiga lei de licitações, contudo sobre o mesmo fato:

"Nas contratações diretas por inexigibilidade de licitação, o conceito de singularidade não pode ser confundido com a ideia de unicidade, exclusividade, ineditismo ou raridade. O fato de o objeto poder ser executado por outros profissionais ou empresas não impede a contratação direta amparada no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993. A inexigibilidade, amparada

Se fosse único ou inédito, seria caso de inexigibilidade por ausência de concorrentes e a contratação seria capitulada na cabeça do art. 74 da Lei 14.133, e não em seu inciso III. A raridade, de per si, não elide a competição, pois o fato de o objeto ser prestado por poucos profissionais ou empresas não impede que estes disputem o objeto. O serviço de telefonia móvel é prestado por quatro ou cinco operadoras no País e nem por isso são serviços singulares (tampouco intelectuais), sendo normalmente licitados por todos os órgãos. Também a complexidade do objeto não acarreta a inviabilidade de competição. Há inúmeros objetos, altamente complexos nas áreas de telecomunicações, tecnologia da informação, petróleo e gás, que são normalmente licitados. O que dizer da licitação, por técnica e preço, da informatização do voto, em 1995. Tratava-se de um objeto absolutamente inédito, tanto em relação a projeto de hardware como para os programas que seriam utilizados, e nem por isso, a competição ficou inviabilizada. No raciocínio da raridade ou do ineditismo, fatalmente o TSE seria conduzido a declarar inexigível a licitação.

Outro erro muito comum é de associar a existência de pluralidade de executores com a viabilidade da competição. O fato de haver vários possíveis executores não é excludente da hipótese de singularidade, porquanto o que se discute é a impossibilidade de realização de cotejamento entre as várias alternativas presentes no mercado.

4.1 A IMPREVISIBILIDADE DO RESULTADO DA EXECUÇÃO COMO ELEMENTO IDENTIFICADOR DA SINGULARIDADE DO OBJETO A SER CONTRATADO

Como se demonstrou acima, os conceitos propostos na doutrina não esgotam a matéria, deixando ampla margem de subjetivismo para o aplicador da norma. Se analisados os inúmeros precedentes e casuísmos existentes na rotina diária das repartições públicas, percebe-se que há um elemento comum está presente em todos os serviços singulares, qual seja, a imprevisibilidade ou incerteza do resultado da execução. O serviço é singular quando seu resultado não é previsível ou é incerto; quando o contratante, apesar de apontar as características do que pretende contratar, não tem como saber exatamente qual será o produto receberá com a conclusão da execução; é o serviço cujo resultado pode variar de executor para executor, ou seja, cada executor entrega coisa diferente do outro.

Quando o serviço não é singular, seu resultado é perfeitamente previsível, ou seja, o contratante sabe exatamente, desde a contratação, o que irá receber das mãos do executor antes mesmo da execução. E por isso mesmo, tem total possibilidade de identificar objetivamente sua inconsistência ou desconformidade com o que se contratou. Ao mesmo tempo, e justamente porque já sabe qual será o resultado da execução, a comparação entre os vários produtos entregues pelos vários possíveis executores se dá por meio de comparação absolutamente objetiva, permitindo perfeitamente o cotejamento entre as várias possíveis propostas. Cumpre deixar desde já consignado que não se está falando da variabilidade da forma de execução (metodologia), mas do resultado em si.

Um sistema informatizado de gerenciamento logístico pode ser construído a partir de diversas metodologias de produção (Flowcharting, SSDAM, programação Top-down, etc), mas o resultado será o mesmo e é previsível. Se o contratante quer um sistema que possibilite administrar o estoque e a logística de distribuição de materiais do almoxarifado, com a possibilidade de gerar relatórios gerenciais de demanda, de fluxo etc, o resultado será exatamente esse quem quer que o execute, muito embora, a arquitetura do sistema possa ser elaborada de modo variado de acordo com a metodologia empregada pelos diversos especialistas. Portanto, o serviço não seria singular, porquanto previsível o resultado. Veja-se outro exemplo.

Imagine que um órgão pretenda contratar um projeto arquitetônico (art. 74, III h, da Lei. 14.133), definindo as características que a edificação deverá apresentar, tais como: espaço para biblioteca que acomode 60.000 exemplares; um departamento de saúde com capacidade para atendimento ambulatorial para 10 pacientes simultâneos; vaga

coberta para no mínimo 200 automóveis; que edificação possua sistema de captação de energia solar para conversão em energia elétrica. O resultado que será apresentado já é sabido mesmo antes de iniciada a execução (que é a elaboração do projeto). Ou seja, o contratante antes mesmo de receber os projetos dos profissionais, já sabe o que lhe será entregue, pois cada projeto contará com aquelas características solicitadas e, ainda que se diferenciem aqui e ali (tipo de fachada, materiais de acabamento etc), tais distinções não importariam em critério de avaliação. Logo o resultado é perfeitamente previsível, e, portanto, licitável. E se é previsível, a comparação entre vários projetos a serem apresentados se dará de forma totalmente objetiva. Se um executor não contemplar o departamento de saúde, o projeto não será aceito; se não contemplar as vagas cobertas para a quantidade mínima de automóveis, também não será aceito. Todos que apresentarem os projetos contemplando as características exigidas seriam aprovados. E, nesse caso, a escolha poderia se dar pelo preço.

Mas, se o contratante solicitasse o mesmo projeto, porém, além daquelas características, exigisse que suas linhas arquitetônicas fossem capazes de transformar a edificação em um símbolo de modernidade a ponto de se tornar uma marca que tornará a cidade reconhecida internacionalmente, impregnando a memória afetiva das pessoas. Se a principal intenção fosse essa, os vários possíveis executores apresentariam seus respectivos projetos cada qual com a sua particular leitura dessa exigência, e o contratante não teria como conhecer antecipadamente o resultado. No serviço singular o resultado da execução é imprevisível, ou seja, o contratante faz o pedido, mas não tem ideia do produto que lhe será entregue.

No primeiro caso, as linhas arquitetônicas eram desimportantes; neste, constituem o elemento primordial. No primeiro caso, a comparação entre os vários resultados é objetiva; no segundo, a comparação, isto é, a verificação do atendimento da característica principal (linhas arquitetônicas que se tornem uma marca de modernidade para a cidade) é de ordem subjetiva, sendo igualmente subjetiva a comparação entre os vários projetos executados, pois todos, sem exceção, segundo a leitura de seus respectivos autores, "atenderiam" ao requisito.

Vamos a mais um exemplo.

Digamos que um Tribunal de Justiça deseje contratar um projeto de web design para o seu portal institucional na internet. Se a ideia é que o Portal ofereça informações da estrutura orgânica do órgão, história, currículo dos desembargadores e também ofereça serviços ao usuário, como emissão de certidões e acesso à pesquisa de acervo da

biblioteca e de jurisprudência, bem como andamento de processos, os vários profissionais poderão apresentar resultados diferentes (abas, janelas pop up, paletas de cores etc.). Mas ainda sim o resultado é previsível e objetivamente cotejável entre os projetos apresentados. Mas, se além daqueles requisitos, o projeto deverá contemplar arquitetura que "atraia o interesse do internauta", não apenas dos usuários, visando integrar o órgão à sociedade, fica nítido que tal requisito dependerá de uma leitura personalíssima do executor. Essa característica inviabiliza qualquer previsão sobre qual resultado será apresentado.

5. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO: REQUISITO FORMAL OU UMA NECESSIDADE?

Considerando que já foram enfrentados os dois primeiros requisitos para a configuração da inviabilidade de competição na contratação de serviços singulares, resta avançarmos sobre o último. Determinou-se o alcance do Art 74 III c, Lei. 14.133, bem como foi visto como se detecta o elemento que torna singular o serviço. O próximo desafio é a caracterização da notória especialização do executor escolhido.

Em primeiro plano, bom que se diga que ao elencar como requisito intrínseco da inexigibilidade de licitação fundada no art. Art 74 III c, Lei. 14.133, da Lei regente da espécie, que a execução seja realizada por profissional ou empresa notória especialização, a norma intencionou, de fato, atribuir a execução do objeto a alguém que fosse notável no campo de sua especialidade relacionado com o objeto do contrato. Vimos, antes, que todo serviço é técnico e é especializado. Assim, ao determinar que os serviços tidos por singulares fossem executados por um notório especialista, reconheceu que o serviço singular não admite ser executado por qualquer profissional (ou empresa), mas por alguém especial. E faz todo o sentido com o conceito de singularidade que estabelecemos no capítulo anterior.

Convenhamos, se o resultado da execução é imprevisível e a comparação entre os vários executores e os respectivos conteúdos de suas propostas somente se dá a partir de critérios subjetivos, fica nítido que a execução deva ser entregue a quem possui algum atributo capaz de atrair a segurança necessária para a execução.

Se ficarmos no exemplo dos serviços de treinamento e aperfeiçoamento de pessoas (Art 74 III f, Lei. 14.133), em que o principal condutor do aprendizado seja o docente, imagine que a execução ficasse a cargo de qualquer profissional (ainda que habilitado), não se considerando características subjetivas a ele inerentes, tais como capacidade didática, forma de condução de grupos etc.; nesse caso, a probabilidade de o resultado não ser satisfatório seria enorme.

Trata-se de caracteres relacionados ao grau de confiança que o gestor deposita na pessoa do indicado, que é impossível de medição objetiva. Nesse sentido, o posicionamento do TCU:

"ENUNCIADO: A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos. (TCU, Acórdão no. 2.762/2011-Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer)

Assim, desponta com clareza que a presença do notório especialista não é um mero requisito formal, mas uma verdadeira necessidade a ser atendida com probidade pelo Gestor, uma vez que a contratação envolve objeto de resultado não previsível.

5.1 O RECONHECIMENTO DA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO

Ao contrário do conceito de singularidade, a norma regente da espécie se ocupou de delinear o conceito de notória especialização. E o fez de forma bastante pragmática, muito embora, nos corredores e mesas de trabalho de gestores e assessorias jurídicas ainda se acaloram intensos debates. A redação do dispositivo, à primeira vista, traz uma falsa ideia de que notório especialista deva ser amplamente conhecido, famoso mesmo. Não é bem assim. Basta uma leitura um pouco mais atenta para se alcançar o ponto nodal do texto da lei, o que solucionará eventuais impasses. Senão vejamos:

Art. 6 - Omissis(...)

XIX - notória especialização: qualidade de profissional ou de empresa cujo conceito, no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permite inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato;

Do texto acima transcrito não é possível encontrar nada que chegue perto da ideia de fama ou algo do gênero. Notório especialista é o profissional (ou empresa) que nutre entre seus pares, ou seja, "...no campo de sua especialidade..." a partir do histórico de

suas realizações, quer dizer "...decorrente de desempenho anterior...ou de outros requisitos relacionados com suas atividades..." elevado grau de respeitabilidade e confiança, de forma que se "...permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato."

O parágrafo sub examine indica a referência a partir de quais peculiaridades ou requisitos serão considerados idôneos para aferir se um profissional é ou não notório especialista, a saber: "... desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica...". Mais ainda. A expressão "...ou de outros..." dá bem o tom de rol exemplificativo desses requisitos. O legislador admite, portanto, que outros conceitos e requisitos, não ditados no texto expresso da lei, podem servir de base à conclusão de que o profissional escolhido é o mais adequado à satisfação do contrato. Nota-se também, que a enumeração dos requisitos é alternativa. Significa que não é obrigatório que estejam todos contemplados na justificativa da escolha, bastando apenas o apontamento de um deles para balizar a escolha. É bom que se diga que essa análise deve estar relacionada com as finalidades do objeto. Para Marçal JustenFilho a notória especialização "dependerá do tipo e das peculiaridades do serviço técnico- científico, assim como da profissão exercitada." Um exemplo bem ilustrará a aplicação prática deste conceito.

Se uma determinada Secretaria Estadual de Segurança Pública, viesse a organizar evento sobre criminalidade e segurança pública, e pretendesse contratar um policial civil para proferir uma palestra direcionada aos policiais civis, militares e corpo de bombeiros sobre o tema "Ética na abordagem policial", sob o argumento de que se trataria de um profissional altamente respeitado no meio policial, em nada importaria se o escolhido possui formação acadêmica de nível médio, sem nenhum livro ou artigo publicado e sem histórico na atividade docente ou como conferencista. Afinal, o que teria motivado a escolha do profissional seria outros atributos efetivamente relevantes para o alcance dos resultados esperados, que seria o fato de se tratar de profissional muito conhecido e respeitado no meio policial pela sua lisura, ética e retidão no exercício das suas atividades. Tais atributos certamente renderiam resultados adequados justamente porque suas palavras seriam melhor assimiladas pelo público alvo a que se destinava a palestra. Nesse, como não reconhecer notória especialização?

Como dito antes, para os objetivos da palestra, pouco ou nenhuma importância há se o profissional possui nível superior; se já publicou artigos e livros. A palestra era operacional e o palestrante escolhido reuniria as condições que permitiam inferir que ele, no caso concreto, era indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação dos interesses da Administração.

Claro, se a palestra tivesse tema mais complexo, por exemplo, sobre Processo Penal, dirigida a Magistrados, Promotores e Procuradores de Justiça, faltar-lhe-ia requisitos importantes justamente por não se tratar de "seu campo de especialidade". Mas para esse mesmo público-alvo, caso o tema da palestra fosse algo relacionado à atividade operacional do policial, para esse fim, mais uma vez poderia ser considerado notório especialista.

52 O CARÁTER DISCRICIONÁRIO DO ATO DE ESCOLHA DO EXECUTOR

Não há discrepância na doutrina, tampouco na jurisprudência, quanto ao entendimento, bastante espancado neste trabalho, de que a singularidade não significa exclusividade. Se assim o fosse, tratar-se-ia de inviabilidade fática de licitação, tal qual o é a aquisição de produto exclusivo, e a contratação fundar-se-ia na cabeça do artigo 74 da norma geral de licitações.

Logo, para a execução do serviço certamente haverá algumas alternativas dentre as quais uma deverá ser selecionada pela autoridade competente.

José dos Santos Carvalho Filho¹⁸ aponta que a norma não é capaz de ditar com rigor todas as condutas que um agente administrativo deve assumir para exercer as funções que lhe são cometidas. Ante essa impossibilidade, para variadas situações a "própria lei oferece a possibilidade de valoração da conduta". São os casos em que o agente, para expedir o ato, avaliará, com seu sentir íntimo a conveniência e a oportunidade dos atos que vai praticar porquanto na qualidade de administrador dos interesses coletivos. É exatamente o que ocorre no presente caso.

Ao conceituar "notória especialização", o dispositivo legal encerra com a expressão "que permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato". Não restam dúvidas de que essa escolha dependerá de uma análise subjetiva da autoridade competente para celebrar o contrato. Nem poderia ser diferente, pois se a escolha pudesse ser calcada em elementos objetivos a licitação não seria inviável. Ela é impossível justamente porque há impossibilidade de comparação objetiva entre as propostas.

Consequentemente, uma vez que a escolha se dará por meio de uma avaliação subjetiva, ou seja, juízo de valor pessoal de quem detém a competência para realizar a escolha, partir da soma de informações sobre a pessoa do executor (experiências, publicações, desempenho anterior etc), em comparação com esses dados dos demais possíveis executores, nítido está que a escolha é essencialmente discricionária. Será a autoridade competente que, respeitando o leque de princípios a que se submete a atividade administrativa, notadamente, legalidade, impessoalidade, indisponibilidade

JBA

do interesse público e razoabilidade, e ainda, sopesando as opções à sua disposição, com fulcro em seu juízo de conveniência, indicará aquele que lhe parecer ser o "indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato." Mais uma vez nos socorreremos de excerto do já citado Acórdão 439/98-Plenário, TCU, que traz citação de brilhante lição de Eros Roberto Grau:

"Sobre a prerrogativa da Administração de avaliar a notória especialização do candidato, invocamos novamente os ensinamentos de Eros Roberto Grau, na mesma obra já citada: '...Impõem-se à Administração - isto é, ao agente público destinatário dessa atribuição - o dever de inferir qual o profissional ou empresa cujo trabalho é, essencial e indiscutivelmente, o mais adequado àquele objeto. Note-se que embora o texto normativo use o tempo verbal presente ('é, essencial e indiscutivelmente, o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato'), **aqui há prognóstico, que não se funda senão no requisito da confiança.** Há intensa margem de discricionariedade aqui, ainda que o agente público, no cumprimento daquele dever de inferir, deva considerar atributos de notória especialização do contratado ou contratada.' (Eros Roberto Grau, in Licitação e Contrato Administrativo - Estudos sobre a Interpretação da Lei, Malheiros, 1995, pág. 77) (grifamos)

É idêntica a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que, com a habitual precisão, esclarece que:

"É natural, pois, que, em situações deste gênero, a eleição do eventual contratado — a ser obrigatoriamente escolhido entre os sujeitos de reconhecida competência na matéria — recaia em profissional ou empresa cujos desempenhos despertem no contratante a convicção de que, para o caso, serão presumivelmente mais indicados do que os de outros, despertando-lhe a confiança de que produzirá a atividade mais adequada para o caso. Há, pois, nisto, também um componente inelimitável por parte de quem contrata."

O requisito da confiança também foi reconhecido pela Suprema Corte, na caracterização da notória especialização, ao apreciar o Inquérito n. O 3077-AL a cuja relatoria coube ao Min. Dias Toffoli:²⁰

“Penal e Processual Penal. Inquérito. Parlamentar federal. Denúncia oferecida. Artigo 89, caput e parágrafo único, da Lei n. 08.666/93. Artigo 41 do CPP. Não conformidade entre os fatos descritos na exordial acusatória e o tipo previsto no art. 89 da Lei n. o 8.666/93. Ausência de justa causa.

Rejeição da denúncia. (...) 2. As imputações feitas aos dois primeiros denunciados na denúncia, foram de, na condição de prefeita municipal de procurador geral do município, haverem declarado e homologado indevidamente a inexigibilidade de procedimento licitatório para contratação de serviços de consultoria em favor da Prefeitura Municipal de Arapiraca/ AL. **3. O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança.** Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuíam notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração. Ilegalidade inexistente. Fato atípico. (...) 5. Ausentes os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não há justa causa para a deflagração da ação penal em relação ao crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/93. 6. Acusação, ademais, improcedente (Lei n. 08.038/90, art. 6. caput).”

Destarte, não pode, pois, ser subtraído do próprio alvitre da autoridade, e só a ela competirá, a decisão sobre qual notório especialista deva recair a contratação. O que não se admitirá é que a escolha não seja calcada em argumentos que não se direcionem à conclusão de que o escolhido possui notória especialização, nem tampouco que os atributos indicados sejam flagrantemente desarrazoados; que a escolha seja pautada por um capricho ou uma preferência meramente pessoal. Entre vários profissionais ou empresas, a autoridade poderá, sim, optar pelo que se mostrar, em seu sentir, mais adequado, mesmo que seja autor da proposta mais elevada. Em resumo, a notória especialização é caso de eleição do gestor, com base na confiança que este deposita no indicado, confiança essa que decorre da identificação de algum atributo que lhe permite intuir (inferir) que o resultado da execução será adequado aos fins pretendidos.

53 QUANDO O NOTÓRIO SABER É DO PROFISSIONAL E QUANDO É DA EMPRESA

Outro questionamento de ordem prática que comumente é suscitado é o problema de se identificar se é a empresa ou o profissional o detentor da notória especialização.

Em princípio, pode parecer um obstáculo de simples solução. É que o art. 74, III c, da Lei de licitações cita ambos a partir do emprego da conjunção alternativa ou (...com profissionais ou empresas...). De fato, a norma admite que possa ser considerado notório especialista tanto a pessoa física — o profissional — como a pessoa jurídica. Quanto ao profissional, não há qualquer dificuldade de reconhecimento.

Cumprir destacar que a empresa (pessoa jurídica), para ser considerada notória especialista, deve haver indicação de atributos correlacionados com a atividade empresária. Do rol exemplificativo de atributos sugeridos do art. 74 da lei 14.133/21, extrai-se de forma direta: desempenho anterior, organização, aparelhamento, equipe técnica. Se o gestor indicou para execução do serviço singular uma sociedade empresária, significa que os atributos que o conduziram à percepção de que ela era a mais adequada à plena satisfação do objeto devem se referir à estrutura empresarial.

Não que os demais atributos arrolados no dispositivo citado, ou outros, como ele mesmo sugere, não possam ser considerados. Mas, e.g., se o atributo for estudos ou publicações, só poderá ser considerada notória especialista quando a própria empresa for responsável pela produção técnica ou científica que deu azo à sua escolha.

Neste específico caso, os atributos da notória especialização podem recair no próprio profissional, pois, em verdade, a pessoa jurídica apenas dá suporte formal à contratação, mas a contratação se deu em razão dos atributos pessoais daquele profissional.

5.4 A CRITERIOSA ESCOLHA DO EXECUTOR

Reconhecendo que a eleição do profissional é uma decisão essencialmente discricionária, mas que, ao mesmo tempo, deve fundar-se em argumentos razoáveis, relevantes e verídicos, ao comparar-se os profissionais, ver-se-á que mais de um reúne excelentes condições de execução do objeto. Após a análise dos requisitos que o Art 74 III c, da lei 14.133/21 enumera (não se nega que são exemplificativos, ao mesmo passo que constituem eficiente bússola a orientar a análise) a indicação poderá ser direcionada por razões, que, talvez, isoladamente, não seriam suficientes para tanto. Sejam práticos.

Digamos que um hospital público pretenda contratar um professor para ministrar curso de elaboração de termo de referência destinado aos servidores das áreas técnicas responsáveis pela especificação de insumos e equipamentos médico-hospitalares. Em pesquisa, verificou-se que há vários ótimos profissionais no mercado, com formação acadêmica, publicações importantes e vasta experiência docente no tema e com ótimas avaliações, estando três deles disponíveis para o projeto. Em qual deles poderia recair a

escolha? Qualquer um. Assim, a autoridade competente terá de traçar algum parâmetro que justifique sua decisão. Dentre os três profissionais disponíveis um demonstrou ter ministrado anteriormente o treinamento em tela em hospitais públicos. Seria justificável a sua escolha exatamente por esse aspecto. A autoridade competente poderia inclinar-se licitamente na direção deste, sob a justificativa de que "dentre os profissionais disponíveis, este seria o mais adequado por ter vivenciado a experiência de ministrar cursos em órgãos da Saúde Pública, o que permite inferir que sua expertise docente conta com o conhecimento das peculiaridades inerentes aos produtos e equipamentos que habitualmente são adquiridos nessas unidades administrativas.

6. A JUSTIFICATIVA DE PREÇOS NA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS SINGULARES

Como em qualquer contratação, a inexigibilidade de licitação também exigirá ações de planejamento econômico da administração contratante. É corolário do princípio da eficiência, insculpido no caput do art. 37, da Carta Política de 1988.

Em primeiro lugar, cumpre estabelecer quais são os objetivos primários da justificativa de preços nas contratações por inexigibilidade de licitação, pois essa especialíssima forma de contratar carrega traços que a tornam bem peculiar se comparado às demais contratações (por licitação).

Nos casos de inexigibilidade de licitação, a escolha do executor é direta e discricionária; ora em razão de não haver outros competidores aptos a disputar a oportunidade de negócio (fornecedor exclusivo), ora porque, a despeito de haver vários possíveis executores, não é possível estabelecer, entre eles, critérios objetivos de comparação de propostas (serviços singulares e profissionais do setor artístico). Não seria admissível, entretanto, que um dado executor, valendo-se de ser único no mercado, ou de deter a confiança pessoal do contratante, elevar arbitrariamente seus preços, tornando a Administração refém da sua atividade, alvitrandoganhos que em condições normais de mercado não seria possível obter.

Sendo assim, a pesquisa de mercado nessas contratações, além do dever de planejamento insito da atividade administrativa, visa verificar se o preço proposto pelo escolhido está de acordo com o mercado, isto é, se é compatível, aproximado com o preço praticado pelos seus pares. Mas não só isso. Ainda que o preço esteja de acordo com o mercado, deve ser também alvo da avaliação se a despesa surge como razoável, ou seja, se a despesa ficará compensada pelos benefícios pretendidos com a

contratação, conforme entendimento já pacificado pelo TCU ainda na lei antiga de licitações sobre o mesmo tema:

“Justifique detalhadamente, em todas as contratações diretas, a razoabilidade dos preços contratados, de maneira a evidenciar com documentos que essa opção é, em termos técnicos e econômicos, a mais vantajosa para a Administração Pública, conforme dispõem o Acórdão no 2.094/2004 – Plenário e art. 24, VIII, da Lei no 8.666/1993.” (Acórdão 1330/2008 Plenário)

Ao orientar o agente a justificar o preço do executor escolhido com base na sua própria precificação (contratos anteriores), a Corte Federal de Contas, com as devidas vênias, parte da equivocada premissa de que nessa espécie de contratação não haveria pluralidade de mercado. Veja-se que o Acórdão acima transcrito, firma entendimento de que bastaria a demonstração de que o executor vem cobrando “igual ou similar preço de outros com quem contrata para evento de mesmo porte”.

Mas, como já dito, a inexigibilidade de licitação para contratação de serviços singulares, assim como para contratação de profissionais do setor artístico, tem como fundamento a impossibilidade de comparação objetiva entre as propostas dos possíveis executores, que podem ser vários. Logo, o mercado é plural. E sendo assim, é ele – o mercado – que deve ser consultado, não apenas o escolhido. Nesse sentido e mais recentemente, o TCU, deixou consignado que:

Os processos de inexigibilidade de licitação devem ser instruídos com a devida justificativa de preços, ou, ainda, com pesquisa comprovando que os preços praticados são adequados ao mercado, sendo a falha nesse procedimento passível de aplicação de multa. (Ac. 2.724/2012 – Segunda Câmara – Enunciado – grifo acrescido)

Não haverá ilegalidade alguma, nem mesmo violação da moralidade ou da ética, caso o profissional escolhido venha a rever seus preços anteriores, passando a cobrar um valor maior do que vinha praticando nas últimas contratações, desde que se mantenha de acordo com o mercado. Há inúmeras situações que justificariam a mudança de padrão profissional, como por exemplo, um palestrante vir a receber um importante prêmio literário por obra de sua autoria.

Essa circunstância alteraria imediatamente seu padrão profissional, elevando-o, e tornando seu trabalho mais valorizado.

Por isso mesmo, será absolutamente necessário que o agente responsável pela instrução do processo, ao pesquisar o mercado, faça a comparação do preço com outros possíveis executores que estejam inseridos dentro do mesmo padrão profissional do escolhido. Se a ideia de uma Secretaria Municipal de Cultura é contratar um "Trio Pé-de-Serra" local para animar a festa de aniversário da cidade, não pode comparar seus preços com o de um artista ou banda de projeção nacional, pois vivem em mundos profissionais totalmente diferentes.

Assim, a pesquisa deve ser realizada consultando os vários possíveis contratados e a justificativa de razoabilidade dos preços ficará dependente da demonstração de que o preço cotado pelo escolhido e aceito pela administração encontra-se dentro da faixa aceitável de mercado.

A exceção a essa regra, tem-se os casos em que o profissional se acha em um patamar profissional que não admita comparação de valores. São os casos de profissionais com grande prestígio no mercado, os chamados medalhões, cuja precificação é impossível de estabelecer um paralelo. Se, por exemplo, o órgão/entidade pretende contratar uma palestra de um ex-Chefe de Estado, nacional ou estrangeiro, mesmo havendo vários outros Chefes de Estado palestrantes, seus preços são incomparáveis pelo fato de ocuparem um lugar próprio, de destaque no segmento em que atua. Para esses casos, adota-se a metodologia para a investigação de preços que se faz para os casos de inexigibilidade de licitação por exclusividade absoluta, verificando os preços anteriores do próprio escolhido.

Por fim, por compatibilidade de mercado não se deve entender preço médio ou o menor preço dentre os possíveis executores. Se fosse possível escolher pelo preço, certamente estaríamos diante de uma hipótese de objeto licitável, e não é o caso.

José dos Santos Carvalho Filho aponta que a norma não é capaz de ditar com rigor todas as condutas que um agente administrativo deve assumir para exercer as funções que lhe são cometidas. Ante essa impossibilidade, para variadas situações a "própria lei oferece a possibilidade de valoração da conduta". São os casos em que o agente, para expedir o ato, avaliará, com seu sentir íntimo a conveniência e a oportunidade dos atos que vai praticar porquanto na qualidade de administrador dos interesses coletivos. É exatamente o que ocorre em casos como esses. Quanto à escolha do profissional ou empresa de notória especialização que executará o serviço, assim discorreu, em lição lapidar, Eros Roberto Grau:

"Impõem-se à Administração - isto é, ao agente público destinatário dessa atribuição - o dever de inferir qual o

profissional ou empresa cujo trabalho é, essencial e indiscutivelmente, o mais adequado àquele objeto. Note-se que embora o texto normativo use o tempo verbal presente ('é, essencial e indiscutivelmente, o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato'), **aqui há prognóstico, que não se funda senão no requisito da confiança.** Há intensa margem de discricionariedade aqui, ainda que o agente público, no cumprimento daquele dever de inferir, deva considerar atributos de notória especialização do contratado ou contratada." (in Licitação e Contrato Administrativo - Estudos sobre a Interpretação da Lei, Malheiros, 1995, pág. 77) (grifamos)

Logo, ao decidir pela pessoa do executor, mesmo que na fase de investigação de mercado se tenha encontrado profissionais ou empresas com preços menores do que aquele cotado pelo escolhido, o administrador manterá seu poder discricionário, devendo, como já dito acima, justificar a razoabilidade da despesa.

7. CONCLUSÕES

Diante do exposto e detalhadamente explicado entendemos que a contratação de profissional qualificado de notória especialização para assessoria em licitações públicas se enquadra no Art. 74 III c, da Lei de Licitações Públicas 14.133.

Mutum-MG, 24 de janeiro de 2024.

MÁRCIA LUZIA PIRES DE ARAÚJO DE SÁ
Secretária Municipal de Educação